

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 4. Dezember 2001¹

I — Einleitung

1. Der Gerichtshof hat mit diesem Vorabentscheidungsersuchen Gelegenheit, die Bedeutung des Urteils Centros² vom 9. März 1999 zu erläutern und allgemein festzustellen, inwieweit das Gemeinschaftsrecht Einfluss auf die Festlegung der Rechtsform juristischer Personen hat.

Dieser Streit hat in der europäischen und insbesondere in der deutschen Rechtslehre zu einer umfangreichen Auseinandersetzung geführt³.

2. In den Akten des Ausgangsverfahrens wird das Problem einer Rechtsordnung dargelegt, nach der es einer in einem Mitgliedstaat rechtswirksam gegründeten Gesellschaft, die ihren Sitz in der Gemeinschaft hat und dort ihre Tätigkeit ausübt sowie daher die im EG-Vertrag vorgesehene Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen kann, versagt ist, ihre Rechte vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats geltend zu machen, in dem sie ihren tatsächlichen Sitz errichtet hat⁴.

3. Im Grunde genommen geht es um die Klärung der Frage, ob — und bis zu welchem Punkt — sich das Gemeinschaftsrecht direkt auf die nationalen Vorschriften des internationalen Privatrechts über das Personalstatut der Gesellschaften auswirkt.

Sachverhalt und Ausgangsverfahren

4. Der Sachverhalt und das Ausgangsverfahren sind gemäß dem Vor-

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Rechtssache C-212/97 (Slg. 1999, I-1459).

3 — Vgl. u. a. Behrens, P.: „Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1999, Band 5, S. 323; Ebke, F.: „Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *Juristenzeitung*, 1999, Band 13, S. 656; Roth, W.-H.: „Gründungstheorie, ist der Dammi gebrochen?“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, Band 21, S. 861; Sandrock, O.: „Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie“, *Betriebsberater*, 1999, Band 26, S. 1337; Steindorff, E.O.: „Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung“, *Juristenzeitung*, 1999, Band 23, S. 1140; Wouters, J.: „Private International Law and Companies' Freedom of Establishment“, *European Business Organization Law Review*, 2001, Band 2, S. 101; Zimmer, D.: „Mysterium ‚Centros‘: von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, Band 1, S. 23.

4 — Im Folgenden werde ich Termini wie „tatsächlicher Sitz“, „tatsächlicher Verwaltungssitz“ oder „Mittelpunkt der Geschäftsleitung“ als Synonyme benutzen. Gemeint ist damit jeweils der Ort, an dem sich das Leben der Gesellschaft abspielt und an dem ein großer Teil der Geschäfte mit Dritten getätigt wird (vgl. Kegel, G.: *Internationales Privatrecht*, München 1995, Beck, S. 416).

lagebeschluss wie folgt zusammenzufassen:

5. Die Überseering BV (im Folgenden: Klägerin) ist seit 1990 im Handelsregister von Amsterdam und Haarlem als „Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid“ (BV) eingetragen⁵. Das deutsche Grundbuch weist sie als Eigentümerin eines Grundstücks in Düsseldorf aus, auf dem ein größeres Garagengebäude und ein Motel stehen.

6. Mit Generalübernahmevertrag vom 27. November 1992 verpflichtete sich die NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (im Folgenden: Beklagte), eine in Deutschland ansässige Gesellschaft, gegenüber der Klägerin zur Sanierung dieser beiden Gebäude. Die Leistungen wurden erbracht, jedoch macht die Klägerin Mängel der Malerarbeiten geltend. 1995 forderte sie die Beklagte erfolglos zur Beseitigung dieser Mängel auf.

7. Am 1. Januar 1995 erwarben zwei Privatpersonen sämtliche Geschäftsanteile an der Klägerin. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat die Gesellschaft seit diesem Erwerb ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Düsseldorf.

8. Im Jahr 1996 klagte die Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung von 1 163 657,77 DM nebst Zinsen als Kostenaufwand für die Beseitigung der Mängel und daraus entstandener Schäden. Das Landgericht wies die Klage als unzulässig ab. Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück und vertrat die Auffassung, dass die Klägerin als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht parteifähig sei. Parteifähig sei nach § 50 ZPO, wer rechtsfähig sei. Über die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft sei nach deren Personalstatut zu befinden, das sich nach dem Recht des Staates richte, in dem sich der Sitz der Hauptverwaltung befinde. So verhalte es sich auch, wenn eine Gesellschaft, die in den Niederlanden wirksam gegründet worden sei, ihren Sitz in die Bundesrepublik Deutschland verlege.

9. Die Klägerin legte gegen dieses Urteil Revision ein, mit der sie ihren Schadensersatzantrag weiter verfolgte.

Das einschlägige nationale Recht

10. Nach deutschem Zivilprozessrecht ist die Klage einer Person als unzulässig abzuweisen, wenn diese mangels Parteifähigkeit weder Hauptpartei (Klägerin oder Be-

⁵ — Typische niederländische Rechtsform der GmbH.

klagte) noch Nebenpartei (Intervenientin) eines Prozesses sein kann. Nach § 50 Absatz 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Diese Regelung gilt auch für Gesellschaften. Die Parteifähigkeit hängt demgemäß nach deutschem Recht von der Rechtsfähigkeit ab. Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

11. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beurteilt sich die Frage, ob eine Gesellschaft rechtsfähig ist, nach demjenigen Recht, das am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes gilt (so genannte Sitztheorie). Das gelte auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden sei und dann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlege. Die einmal erworbene Rechtsfähigkeit setze sich nicht ohne weiteres in Deutschland fort. Es komme vielmehr darauf an, ob die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaats fortbestehe und ob sie auch nach deutschem Recht rechtsfähig sei. Die herrschende Lehre teilt diese Auffassung der Rechtsprechung.

12. Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz führt dazu, dass eine im Ausland wirksam gegründete, in Deutsch-

land zunächst als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, wenn sie ihren ständigen Verwaltungssitz in der Bundesrepublik nimmt. Sie kann, soweit sie der deutschen Rechtsordnung unterliegt, weder Träger von Rechten und Pflichten noch Partei in einem Gerichtsverfahren sein. Um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, muss sie sich auflösen und in einer Weise neu gründen, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führt⁶.

13. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, wie er selbst einräumt, in der Rechtslehre umstritten. Es gibt im Wesentlichen zwei Meinungen:

Nach der ersten Meinung sind die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft, also auch deren Rechtsfähigkeit, nach dem Recht des Staates zu bestimmen, in dem die Gesellschaft gegründet wurde (so genannte Gründungstheorie). Für diese Anknüpfung spreche die größere Genauigkeit und Beständigkeit, was zur Rechtssicherheit beitrage. Außerdem fördere sie die grenzüberschreitende Mobilität der Unternehmen.

Andere wollen die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nicht nach einer einzigen Rechtsordnung beurteilen, sondern nach

⁶ — Ungeklärt ist, ob die betroffene Gesellschaft auf eine Neugründung verzichten und sich auf eine Umwandlung beschränken kann.

verschiedenen Kriterien differenzieren. So soll einerseits etwa für die Fragen der Existenz und der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft sowie für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander („Innenverhältnis“) das Recht des Gründungsstaats maßgebend sein, für die Betätigung der Gesellschaft und den Schutz ihrer Gläubiger („Außenverhältnis“) dagegen das Recht des Sitzstaats.

freiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

Artikel 48 EG

Das einschlägige Gemeinschaftsrecht

14. Das Ausgangsverfahren wirft im Wesentlichen Fragen der Auslegung der Artikel 43 EG und 48 EG in Verbindung mit Artikel 293 dritter Gedankenstrich EG auf.

Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Artikel 43 EG

Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

Artikel 293 EG

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungs-

Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein,

um zugunsten ihrer Staatsangehörigen Folgendes sicherzustellen:

sen Umständen hat der Bundesgerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

...

— die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen,

1. Sind die Artikel 43 und 48 EG dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, dass sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?

...

2. Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen:

Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Artikel 43 und 48 EG), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen?

Die Vorlagefragen

15. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht klar zu entnehmen sei, ob bei der Verlegung des Sitzes eines Unternehmens ins Ausland die in den Artikeln 43 EG und 48 EG garantierte Niederlassungsfreiheit dem entgegenstehe, dass zur Bestimmung ihres Personalstatuts an den tatsächlichen Verwaltungssitz angeknüpft werde. Unter die-

Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Der Vorlagebeschluss ist am 25. Mai 2000 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

17. Außer den beiden Parteien des Ausgangsverfahrens haben die deutsche Regierung, die spanische Regierung und die des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission und die Überwachungsbehörde der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) schriftliche Erklärungen eingereicht und sich mündlich geäußert. Die italienische Regierung hat sich nur schriftlich geäußert und die der Niederlande war nur in der mündlichen Verhandlung am Vormittag des 16. Oktober 2001 vertreten.

18. Nach Auffassung der Klägerin wie auch der britischen Regierung und der Regierung der Niederlande sowie der Kommission sollten die beiden Fragen bejaht werden, während die Überwachungsbehörde der EFTA dies nur für die erste Frage befürwortet. Die übrigen Beteiligten sprechen sich für die gegenteilige Lösung aus.

Prüfung der Vorlagefragen

19. Zunächst ist der rechtliche Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen sich die Fragen des Bundesgerichtshofes bewegen. Nach der Feststellung, welche allgemeinen Grundsätze anzuwenden sind, ist zu untersuchen, wie sie im vorliegenden Fall in die Praxis umzusetzen sind.

Abgrenzung der anwendbaren rechtlichen Kriterien

20. Die Verfahrensbeteiligten haben meines Erachtens zu Recht auf die Urteile Daily Mail and General Trust PLC vom 27. September 1988⁷ und Centros (vom 9. März 1999, siehe oben) verwiesen.

21. Die Rechtssache Daily Mail hatte einen besonderen rechtlichen Hintergrund. Das zur Zeit des Verfahrens geltende englische Handelsrecht sah vor, dass eine nach britischem Recht gegründete Gesellschaft mit satzungsmäßigem Sitz (*registered office*) im Vereinigten Königreich ihre Geschäftsleitung in ein anderes Land verlegen kann, ohne ihre Staatszugehörigkeit zu verlieren.

Körperschaftsteuerpflichtig waren diejenigen Gesellschaften, die ihren Geschäftssitz (*residence*) im Vereinigten Königreich hatten. Nach dem Steuergesetz war es Gesellschaften mit steuerlichem Sitz im Vereinigten Königreich daher verboten, ihren Geschäftssitz ohne vorherige Zustimmung des Finanzministeriums ins Ausland zu verlegen.

22. Daily Mail wollte ihren Geschäftssitz im Rahmen einer großen Umstrukturierung

⁷ — Urteil in der Rechtssache 81/87 (Slg. 1988, 5483).

in die Niederlande verlegen, um erhebliche Steuervorteile zu erzielen, und beantragte vergeblich die erforderliche Zustimmung.

Im Rahmen der Anfechtung dieses ablehnenden Bescheides kam es zu dem Vorabentscheidungsersuchen. Der Gerichtshof erklärte für Recht, dass die jetzigen Artikel 43 EG und 48 EG beim damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht gewähren, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

23. Der Gerichtshof kam zu dieser Feststellung in der Erwägung, dass es einem Herkunftsstaat aufgrund der Niederlassungsfreiheit verwehrt sei, die Niederlassung seiner Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu behindern⁸. Außerdem erklärte er, dass Gesellschaften im Gegensatz zu natürlichen Personen aufgrund einer Rechtsordnung gegründet würden und jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regele, keine Realität hätten⁹.

24. Nach der Feststellung, dass trotz der ausdrücklichen Aufforderung im jetzigen Artikel 293 EG keine entsprechende Gemeinschaftsvorschrift erlassen worden war, erklärte der Gerichtshof, dass der EG-Vertrag die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich

der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung (satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung) sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufwiesen, als Probleme betrachte, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst seien, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürften¹⁰.

25. Die letztgenannte Erklärung ist besonders klar und vorbehaltlos formuliert. Betrachtet man daraufhin den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung, so müsste man die erste Vorlagefrage wahrscheinlich verneinen¹¹.

26. Mehrere Verfahrensbeteiligte, darunter insbesondere die Kommission, tragen allerdings vor, dass die im Urteil Daily Mail enthaltenen Aussagen für den vorliegenden Fall weniger einschlägig seien. Gestützt auf den Sachverhalt jener Rechtssache und das Prinzip des verstärkten Schutzes der Niederlassungsfreiheit durch den Aufnahmemitgliedstaat machen sie geltend, dass sich die Tragweite des Urteils Daily Mail darauf beschränke, dass mit ihm allein dem Herkunftsmitgliedstaat die Möglichkeit zuerkannt werde, in Einklang mit den anwendbaren Kollisionsregeln Vorschriften über die Bildung und das rechtliche Bestehen von Gesellschaften zu erlassen.

⁸ — Urteil Daily Mail, Randnr. 16.

⁹ — Ebenda, Randnr. 19.

¹⁰ — Ebenda, Randnr. 23.

¹¹ — In diesem Sinn Behrens, P., S. 323.

Diese eigenwillige Auslegung ist unzutreffend: Weder ist dem Urteil zu entnehmen, dass es eine unterschiedliche Schutzintensität vorsieht, je nachdem, ob der Schutz vom Herkunftsstaat oder vom Aufnahmestaat gewährt wird, noch ergibt sich aus dem Wortlaut der Randnummer 23 des Urteils, dass mit ihm lediglich eine bestimmte ausschließliche Gesetzgebungskompetenz anerkannt wurde.

Gemäß Randnummer 23 des Urteils sehen (oder sahen seinerzeit) die Gemeinschaftsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit vielmehr nicht vor, dass die Mitgliedstaaten die Kriterien festlegen können, nach denen der Status von juristischen Personen sowie Fragen betreffend die Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu beurteilen sind.

27. Das Urteil Daily Mail galt allerdings nur „beim [damaligen] Stand des Gemeinschaftsrechts“. Dieser Vorbehalt bringt die Sorge über die unterschiedlichen Vorschriften zum Ausdruck, die der Gesetzgeber seinerzeit im nunmehrigen Artikel 293 EG erklärte, wo die Mitgliedstaaten aufgefordert wurden, die Unterschiede zwischen den Vorschriften „soweit erforderlich“ zu verringern.

28. Daher ist zu prüfen, ob sich die Rechtslage seit damals in der Sache verändert hat, so dass eine neue Beurteilung möglich wäre.

29. Ich stimme mit den Verfahrensbeteiligten, die sich zu diesem Punkt geäußert haben, darin überein, dass die bei der Angleichung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften erzielten Fortschritte nicht die mit der grenzüberschreitenden Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer juristischen Person verbundenen Probleme betreffen. Es hat also keine nennenswerte gesetzgeberische Entwicklung gegeben.

30. Dies gilt nicht für die Rechtsprechung. Auch darin stimmen die Beteiligten überein, obwohl sie aus den von ihnen genannten Änderungen nicht immer die gleichen Schlussfolgerungen ziehen.

31. Hauptsächlich verweisen sie auf das bereits genannte Urteil Centros vom 9. März 1999.

Damals stellte sich die Frage, ob es mit den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats rechtmäßig gegründeten Gesellschaft in das einschlägige Register des Mitgliedstaats zu verweigern, in dem die Zweigniederlassung in der Absicht errichtet wurde, dort die gesamte Geschäftstätigkeit zu betreiben. Das vorliegende dänische Gericht war außerdem der Auffassung, dass die angewandte Methode den Zweck habe, die in Dänemark geltenden strengeren Verpflichtungen in Bezug auf die Gründung von Gesellschaften zu umgehen.

32. Der Gerichtshof entschied in drei aufeinander folgenden Schritten, indem er von Anfang an unterschied zwischen a) der Frage der Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit und b) den Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat ergreifen kann, um zu verhindern, dass bestimmte nationale Vorschriften unter Hinweis auf die vom EG-Vertrag gebotenen Möglichkeiten missbräuchlich umgangen werden (Verhinderung von Rechtsmissbräuchen), und indem er außerdem c) einige Überlegungen zum Zusammenwirken der von den dänischen Behörden vorgebrachten Gründe (zwingende Gründe des Allgemeininteresses) anstellte.

33. Als Erstes prüfte der Gerichtshof daher, ob ein Hindernis für die genannte Grundfreiheit vorlag.

Er bestätigte das mit dem bloßen Hinweis darauf, dass das Recht auf freie Niederlassung für die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften gelte, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung (Erstniederlassung) innerhalb der Gemeinschaft hätten. Daraus folge, dass diese Gesellschaften das Recht hätten, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Agentur, eine Zweigniederlassung oder eine Tochtergesellschaft (Zweitniederlassung) auszuüben, wobei ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu diene, ihre Zu-

gehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen¹².

Der Gerichtshof lehnte dann die Auffassung ab, dass die Weigerung, die Zweigniederlassung einzutragen, eine Maßnahme sein könne, mit der ein Missbrauch des Niederlassungsrechts im Sinne des Urteils Van Binsbergen verhindert werden solle¹³. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit ließen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folge nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit¹⁴.

Schließlich warf der Gerichtshof die Frage auf, ob die streitige nationale Praxis aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnte. Die dänischen Behörden hatten zwei derartige Gründe geltend gemacht: Schutz der öffentlichen außervertraglichen Gläubiger (z. B. der Steuerverwaltung oder der Sozialversicherung) und allgemeiner Schutz der Gläubiger durch die Verpflichtung zur Einzahlung eines Mindestgesellschafts-

12 — Ebenda, Randnr. 19 f. Zum selben Thema erklärte Generalanwalt La Pergola, dass sich aus den Artikeln 43 EG und 48 EG das Recht ergebe, Gesellschaften nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu gründen, um in diesem *und zugleich in jedem anderen Mitgliedstaat* tätig zu werden. Die neu gegründete Gesellschaft sei berechtigt, sich nach ihrem Belieben in der Gemeinschaft niederzulassen — *mit einer Haupt- oder gegebenenfalls auch mit einer Zweitniederlassung* (Schlussanträge vom 16. Juli 1998, Slg. 1999, I-1461, Nr. 20). Es überrascht nicht, dass Generalanwalt La Pergola sich in Bezug auf die Mobilität der Gesellschaften für die Anwendung der Doktrin des Urteils „Cassis de Dijon“ über die gegenseitige Anerkennung aussprach (ebenda, Nr. 20).

13 — Urteil vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Randnr. 13).

14 — Urteil Centros, Randnr. 27.

kapitals. Der Gerichtshof wies auf die im Urteil Gebhard¹⁵ vom 30. November 1995 genannten Voraussetzungen dieser Art von restriktiven Maßnahmen hin und stellte fest, dass sie im verfahrensgegenständlichen Fall nicht erfüllt seien¹⁶.

ebenso wie auch nicht das Urteil Daily Mail, das sich an diesem Artikel orientierte. Auch der Generalanwalt ging auf diese Frage in seinen Schlussanträgen nicht ein, und die Verfahrensbeteiligten taten dies in ihren Ausführungen offenbar ebenfalls nicht.

34. Das Urteil Centros besticht durch seine Einfachheit: Es verwendet den Wortlaut der Artikel 43 und 48 EG. Dieser Standpunkt entspricht der üblichen Auslegung der im EG-Vertrag festgelegten Grundfreiheiten, die nach Ablauf der Übergangszeit direkte oder unmittelbare Wirkung haben. Beim Urteil Centros möchte ich auf zwei Punkte hinweisen: einen nicht angesprochenen und einen angesprochenen Punkt.

36. Eine erste nahe liegende Erklärung dafür ist Folgende: In der Rechtssache Centros ging es um die Frage der Eröffnung einer *Zweigstelle* und nicht um die Verlegung eines *Sitzes der Gesellschaft*. Gegen diese Auslegung spricht allerdings, dass sie zu formalistisch ist und außer Acht lässt, dass unter einem Sitz nicht nur der satzungsmäßige Sitz zu verstehen ist, sondern auch der Ort, wo die tatsächliche Verwaltung ausgeübt wird, und dass sie ohne offensichtlichen Grund zwischen einem sehr bedingten Recht auf Erstniederlassung und einem praktisch unbeschränkten Recht auf Zweitniederlassung unterscheidet¹⁷. Außerdem konnte der Gerichtshof nicht übersehen, dass die Gewährung einer so umfangreichen Freiheit zur Errichtung von Zweigstellen (die eigentlich wenig mit wirklichen Zweigstellen im üblichen Wortsinn gemein haben, da sich das gesamte Gesellschaftsvermögen auf sie vereinigen kann)¹⁸ es ermöglichen würde, sich über die Rechtsvorschriften über die

35. Es ist bemerkenswert, dass Artikel 293 EG überhaupt nicht behandelt wurde,

15 — Rechtssache C-55/94 (Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37), wonach nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

16 — Die nationale Praxis könne generell nicht aus Gründen des Gläubigerschutzes gerechtfertigt sein, denn hätte Centros im Vereinigten Königreich eine Geschäftstätigkeit ausgeübt, so wäre die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden, ohne dass die dänischen Gläubiger dadurch besser gestellt würden. Außerdem sei Centros als Gesellschaft englischen Rechts, nicht als Gesellschaft dänischen Rechts aufgetreten. Im Hinblick auf die öffentlichen Gläubiger hätte dadurch eine mildere Maßnahme als die Verweigerung der Eintragung getroffen werden können, dass die Gläubiger die Möglichkeit erhalten hätten, sich die erforderlichen Sicherheiten einräumen zu lassen. Nichts habe die dänischen Behörden daran gehindert, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Betrügereien zu unterbinden oder zu verfolgen (Urteil Centros, Randnrn. 34 bis 38).

17 — Gewiss kann die Ausübung der Freiheit der Erstniederlassung die Mitgliedstaaten stärker als die der Zweitniederlassung betreffen, da der tatsächliche oder der satzungsmäßige Sitz der Anknüpfungspunkt für das Steuerrecht oder die behördliche Überwachung ist. In diesem Sinn Zimmer, D. (a. a. O., S. 33), sowie — wengleich kritischer — Steindorff, E. (a. a. O., S. 1141). Diese Erwägungen kommen allerdings weder in den Urteilen zum Ausdruck noch finden sie Unterstützung im EG-Vertrag.

18 — In diesem Sinn: Freitag, R., „Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, Band 9, S. 267, insbesondere S. 268.

grenzüberschreitende Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft hinwegzusetzen, für deren Erlass in Anbetracht der fehlenden Harmonisierung die Mitgliedstaaten zuständig sind¹⁹. Der Vorschlag der dänischen Behörden, diejenigen Fälle von der Gewährung der Niederlassungsfreiheit auszuschließen, in denen lediglich eine bestimmte Rechtsordnung umgangen werden soll, hätte den Gerichtshof veranlassen sollen, diese mögliche Form einer Umgehung seiner eigenen Rechtsprechung in der Rechtssache Daily Mail zu untersuchen. Der Gerichtshof ging allerdings von der Annahme aus, dass Centros im Sinne des Gemeinschaftsrechts nur eine Zweitniederlassung errichten wollte²⁰.

37. Die zweite Erklärung ist die, dass der Unterschied zwischen dem jeweiligen Sachverhalt des Ausgangsverfahrens hervorgehoben werden sollte. Die Bedingungen des Urteils Daily Mail betreffen danach nur die Möglichkeit des *Herkunftsstaats*, die Niederlassungsfreiheit der nach seinem Recht errichteten Gesellschaften zu beschränken, während sich das Urteil Centros auf die Hindernisse des *Aufnahmemitgliedstaats* beziehen würde. Anders gesagt, das erste Urteil hätte einen steuerrechtlichen Hintergrund, während sich das zweite im Rahmen des Gesellschaftsrechts bewegte. Ich halte diese Unterscheidungen als Begründung für voneinander abweichende Urteile für künstlich. Außerdem finden sie im Wortlaut der Urteile keinerlei Stütze.

19 — Urteil Daily Mail, Randnr. 23.

20 — Dieses Versäumnis könnte darauf zurückzuführen sein, dass es nach Auffassung des Gerichtshofes keinen systematischen Unterschied zwischen Erst- und Zweitniederlassungen gibt. In diesem Sinn Behrens, P. (a. a. O., S. 327).

38. Nach der dritten möglichen Erklärung wäre das Urteil Centros die Fortführung der Daily-Mail-Doktrin, zumindest im Rahmen der praktischen Rechtsfolgen: Eine Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einem anderen Mitgliedstaat errichten will, bräuchte nur die Eintragung einer Zweigniederlassung zu beantragen. Die Postulate des Urteils Daily Mail hätten dann nur den Zweck, zu vermeiden, dass der Herkunftsstaat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet worden ist, eine gewisse Kontrolle über das Rechtsgebilde verlieren kann, das auf jeden Fall eine nach dem Recht des Herkunftsstaats gegründete Einrichtung wäre. Die Kontrolle würde z. B. — wie im Fall Daily Mail — die Bestimmung des Anknüpfungspunkts für die Steuerpflichtigkeit der Gesellschaft oder ganz allgemein für die Ausübung der behördlichen Überwachung umfassen.

Ich gebe zu, dass diese Auslegung dazu zwingt, einige Punkte jenes Urteils, insbesondere dessen Randnummer 23, näher zu untersuchen²¹.

39. Nach meinem Dafürhalten geht es eher darum, jene Entscheidung zu *ergänzen*: Die Fragen zur Bestimmung des entscheidenden gesellschaftsrechtlichen Anknüpfungspunkts und die Probleme, die sich aus der grenzüberschreitenden Verlegung eines Gesellschaftssitzes ergeben, richteten und richten sich in Anbetracht einer fehlenden Harmonisierung nach den Regelungen der Mitgliedstaaten, die allerdings *das mate-*

21 — Siehe oben, Nr. 24.

rielle Gemeinschaftsrecht beachten müssen²².

40. Das Gemeinschaftsrecht hat unter diesem Gesichtspunkt nach wie vor keinen direkten Einfluss auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, die entsprechenden Kollisionsregeln nach ihren Vorstellungen zu gestalten, und kann nur die Einhaltung seiner Grundsätze verlangen.

41. Wichtig ist im Urteil Centros in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften die Einführung allgemeiner Kriterien zur Beurteilung, ob die Beschränkungen einer der Grundfreiheiten mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, die der Gerichtshof in dem Urteil Kraus vom 31. März 1993²³ genannt und in dem erwähnten Urteil Gebhard bekräftigt hat.

42. Die Einbeziehung dieser Art von Prüfung setzt die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit in Bezug auf die Mobilität der Gesellschaften voraus, was wiederum die Aufgabe oder jedenfalls eine Relativierung des in Artikel 293 EG enthaltenen Vorbehalts impliziert²⁴.

Diese Option ist unter dem Gesichtspunkt einer dynamischen europäischen Integration zutreffend, und für sie spricht auch der Wortlaut der Vorschrift. Im Gegensatz zu Artikel 295 EG („Dieser Vertrag lässt ... unberührt“), der die Regelung über das Eigentum an den Produktionsmitteln ohne jeden Zweifel von der Anwendung des Vertrages ausnimmt²⁵, enthält Artikel 293 EG nur die an die Mitgliedstaaten gerichtete Aufforderung, untereinander Verhandlungen einzuleiten und das nur „so weit erforderlich“. Daher ist Artikel 293 EG nicht mit einem wirklichen Gesetzesvorbehalt vergleichbar und wirkt eher wie eine Mahnung an die Mitgliedstaaten, die Probleme zu beseitigen, die sich zwangsläufig aufgrund der Ungleichheit der Rechtsordnungen auf dem Gebiet der gegenseitigen Anerkennung der Gesellschaften und dem der Erhaltung ihrer Rechtspersönlichkeit im Fall einer grenzüberschreitenden Verlegung ihres Sitzes und einer Fusion ergeben. Als eine solche Mahnung kann er dem Wirkungsvermögen einer der Grundfreiheiten nicht entgegenstehen.

43. Ich meine daher, dass die Vereinbarkeit der Vorschriften, die eine Beschränkung der Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch nach Artikel 48 EG geschützte juristische Personen zum Ziel oder zur Folge haben, im Rahmen der bestehenden Rechtsprechung in Übereinstimmung mit den vom Gerichtshof festgelegten allgemeinen Leitlinien geprüft werden kann, wonach diese Beschränkungen als solche nicht diskriminierend sein dürfen, aus zwingenden Interessen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie im Hinblick auf das an-

22 — In diesem Sinn Wouters, J. (a. a. O., S. 122 ff.).

23 — Rechtssache C-19/92 (Slg. 1993, I-1663, Randnr. 34).

24 — Siehe des Weiteren, wie beiläufig bereits erwähnt, Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 79/85 (Segers, Slg. 1986, 2375, Randnr. 16).

25 — Siehe hierzu meine gemeinsamen Schlussanträge in den Rechtssachen C-367/98 (Kommission/Portugal), C-483/99 (Kommission/Frankreich) und C-503/99 (Kommission/Belgien), Nrn. 39 ff. (Slg. 2001, I-4731, I-4733).

gestrebte Ziel geeignet und verhältnismäßig sein müssen.

Wie in anderen Rechtsbereichen darf diese — rein gemeinschaftsrechtliche — Art der Prüfung nicht darauf abzielen, das zu untersuchende nationale Recht, insbesondere das internationale Privatrecht, zu gestalten. Die fragliche nationale Regelung ist also nach dem Gemeinschaftsrecht auszulegen oder muss — in anderen Fällen — den Kriterien entsprechen, die für eine Rechtfertigung der Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gelten.

Prüfung der ersten Vorlagefrage

44. Der Bundesgerichtshof möchte mit seiner ersten Vorlagefrage, deren Tragweite geringer als die der zweiten ist, im Wesentlichen wissen, ob das Gemeinschaftsrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet worden ist, deshalb verwehrt ist, vertraglich begründete Ansprüche vor Gerichten eines anderen Mitgliedstaats geltend zu machen, weil sie im letztgenannten Mitgliedstaat ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.

45. Diese fehlende Klagemöglichkeit erklärt sich dem Bundesgerichtshof zufolge daraus, dass die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des Mitgliedstaats zu beurteilen sind, in dem sie ihren tatsächlichen Ver-

waltungssitz begründet hat, und dass ihr nach diesem Recht, wenn es den betreffenden ausländischen Gesellschaftstyp nicht kenne, die Anerkennung verweigert werden müsse. Der betroffenen Gesellschaft bleibe allein die Möglichkeit, sich aufzulösen und nach dem Recht des AufnahmeStaats neu zu gründen.

46. Ich halte es allerdings für besser, sich an den objektivsten Ausdruck des vorliegenden Problems zu halten, um sich nicht zu einer Materie zu äußern, deren Auslegung Sache des nationalen Rechts ist: Die deutsche Rechtsordnung verneint die Klagemöglichkeit ausländischer Gesellschaften, deren tatsächlicher Sitz sich nach demselben Recht in Deutschland befindet.

Auf der einen Seite glaube ich nämlich nicht, dass die deutschen Vorschriften bei einer autonomen gemeinschaftsrechtlichen Auslegung der Begriffe Rechtsfähigkeit oder Parteifähigkeit einen leichten Stand haben, denn während nach diesen Vorschriften die Klagemöglichkeit von Gesellschaften, deren tatsächlicher Sitz sich nicht im Gründungsstaat befindet, verneint wird, wird ihnen die passive — wie die Klägerin gegenüber dem Gerichtshof vorgetragen hat — in denselben Fällen zugestanden²⁶. Außerdem erkennt der Bundesgerichtshof, der die Rechtsfähigkeit in seinem Vor-

26 — Das Landgericht Düsseldorf hat die Klägerin ihren unbestrittenen Angaben zufolge in einem anderen Verfahren verurteilt, Honorare für die an der Durchführung der Umgestaltungen beteiligten Architekten durch die Eintragung einer Zwangshypothek auf die Immobilien zu zahlen, die die Klägerin des Ausgangsverfahrens in Deutschland besitzt.

lagebeschluss als die Fähigkeit bezeichnet, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, selbst an, dass die Klägerin Eigentümerin eines Gebäudes ist²⁷. Damit ergäbe sich eine merkwürdige begriffliche Aufspaltung der herkömmlichen Vorstellung von Rechtsfähigkeit und es dürfte sich dabei eher um eine Abschreckungsmaßnahme oder um eine Sanktion handeln.

Was schließlich die genaue rechtliche Einordnung des auslösenden Anlasses, d. h. der Verlegung des Verwaltungssitzes²⁸, oder die Kriterien angeht, nach denen zu beurteilen ist, ob eine solche Verlegung tatsächlich vorliegt, sind unterschiedliche Auslegungen möglich.

Auf der anderen Seite ist es auch nicht unvorstellbar, dass die Anwendung der Theorie des tatsächlichen Sitzes womöglich nicht unweigerlich die dramatischen Folgen hat, die ihr nach dem deutschen Recht zukommen²⁹.

Aus diesen Gründen dürfte es sinnvoller sein, jegliche rechtliche Bewertung des na-

tionalen Rechts zu vermeiden und die fragliche nationale Vorschrift als eine Beschränkung der Parteifähigkeit einer Gesellschaft anzusehen, durch die verhindert werden soll, dass eine bestimmte Hauptgeschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als dem entfaltet wird, in dem die Gesellschaft gegründet wurde.

47. Diese Beschränkung ist grundsätzlich mit der im EG-Vertrag festgelegten Niederlassungsfreiheit unvereinbar, ohne dass sich, wie schon dargelegt, aus der Regelung des Artikels 293 EG etwas Gegenteiliges ableiten lässt.

48. Daher ist zu prüfen, ob die Beschränkung die übrigen von der Rechtsprechung genannten Voraussetzungen erfüllt.

49. Die Maßnahme als solche ist entgegen dem Vorbringen mehrerer Verfahrensbeteiligter nicht diskriminierend. Eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hätte, wäre genauso behandelt worden. Auf jeden Fall hätte diese Verlegung ihre Rechtsfähigkeit im Sinne des deutschen Rechts beeinträchtigt³⁰.

27 — Siehe oben, Nr. 5.

28 — Die Regierung der Niederlande und die des Vereinigten Königreichs haben in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass ein Fall wie der vorliegende nach ihrem Recht als Gründung einer Zweigstelle beurteilt werde.

29 — In diesem Sinn Wouters, J. (a. a. O., S. 132). Denkbar wäre z. B., auf diese Gesellschaft bestimmte zwingende Vorschriften anzuwenden, die nach nationalem Recht für die entsprechende Gesellschaftsform vorgesehen sind.

30 — Siehe in diesem Zusammenhang die Vorlagefrage in der Rechtssache C-86/00 (HSB Wohnbau GmbH), die mit Unzulässigkeitsbeschluss vom 10. Juli 2001 abgeschlossen wurde. (Das vorlegende Gericht übte eine Tätigkeit aus, die keinen Rechtsprechungscharakter hat.) In Rdnr. 7 des Beschlusses heißt es, dass eine Gesellschaft nach der deutschen Rechtspraxis „nur dann rechtlich existent sei, wenn sie in dem Staat, nach dessen Recht sie gegründet worden sei, auch ihren tatsächlichen Sitz habe. Die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft ins Ausland sei nach dieser Sichtweise zwingend mit der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, d. h. insbesondere mit dem Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit in Deutschland und ihrer Neugründung im Ausland verbunden.“

50. Dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass die Sitztheorie, wie sie in Deutschland angewandt wird, dazu dient, die Gläubiger (durch die Verpflichtung zur Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals und durch Vorschriften über die Modalitäten seiner Bereitstellung), die abhängigen Gesellschaften und die Minderheitsaktionäre (stärkere Berücksichtigung ihrer Interessen durch das Erfordernis qualifizierter Mehrheiten oder Regelung einer Entschädigung oder eines Ausgleichs in bestimmten Fällen) sowie die Arbeitnehmer (durch die Verpflichtung zur betrieblichen Mitbestimmung nach den gesetzlich festgelegten Bedingungen) zu schützen. Außerdem weist die deutsche Regierung auf den Schutz des Fiskus hin (durch Senkung der Zahl der Fälle passiver Doppelbesteuerung).

Diese Gründe sind als zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes anzusehen³¹.

51. Es bleibt noch zu prüfen, ob die Maßnahme als im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet und verhältnismäßig anzusehen ist.

52. In diesem Punkt ist die Frage zu verneinen. Die im vorliegenden Fall ab-erkannte Klagemöglichkeit einer in einem

31 — Siehe in Bezug auf den Schutz der Gesellschaftsgläubiger das Urteil vom 16. März 1999 in der Rechtssache C-222/97 (Trummer und Mayer, Slg. 1999, I-1661, Randnr. 30) und implizit das erwähnte Urteil Centros (Randnr. 35) sowie in Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmer z. B. das Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Webb, Slg. 1981, 3305, Randnr. 19).

anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft ist nicht geeignet, um die angeblich verfolgten berechtigten Ziele zu erreichen, und geht über das hinaus, was zum Erreichen dieser Ziele erforderlich ist.

53. Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, den Schutz zu relativieren, den die Verpflichtung zur Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals den Gläubigern einer Gesellschaft bieten kann³². Außerdem wurde nicht konkret geprüft, ob die Klägerin den Gläubigern geringere Sicherheiten bot. Schließlich ist es offenkundig, dass sich die Aberkennung der Klagemöglichkeit, aufgrund deren wirksame Rechte gegenüber Dritten nicht gerichtlich geltend gemacht werden können, wohl eher zugunsten der Schuldner der Gesellschaft als zugunsten ihrer Gläubiger auswirkt.

54. Von den drei anderen durch die fragliche Maßnahme angeblich geschützten Interessen ist keines so hinreichend erläutert worden, dass es erörtert zu werden verdient.

Weder wurden die Rechte der Minderheitsgesellschafter, die angeblich Gegenstand des Schutzes sind, näher dargelegt, noch steht auch nur fest, ob die Klägerin derartige Beteiligungen hat oder ob das

32 — Vgl. Urteil Centros (Randnr. 35) und insbesondere die Schlussanträge des Generalanwalts (Nr. 21).

einschlägige Recht kein gleichwertiges Schutzniveau für sie bietet. Außerdem nützt es den Minderheitsgesellschaftern ebenso wenig wie den Gläubigern, wenn der Gesellschaft die Klagemöglichkeit aberkannt wird.

Aus der mündlichen Verhandlung, die vor dem Gerichtshof stattgefunden hat, ergibt sich, dass die Mitbestimmung für Betriebe mit mehr als 2 000 Arbeitnehmern gilt, und nichts spricht dafür — eher im Gegenteil —, dass eine so große Zahl von Arbeitnehmern von der Verlegung des Verwaltungssitzes der Klägerin des Ausgangsverfahrens betroffen wäre.

Die deutsche Bundesregierung hat nicht erläutert, welche Steuervorschriften missachtet würden, wenn die Klägerin ihre Rechte vor den deutschen Gerichten geltend machen würde³³.

55. Erscheint die Maßnahme schon wenig geeignet für die Erreichung der angegebenen Ziele, so zeigt sich ihre Unvereinbarkeit mit dem EG-Vertrag bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Klagemöglichkeit noch umso deutlicher.

33 — Die Vertretung der Überwachungsbehörde der EFTA hat erklärt, dass die Sitznahme der Klägerin in Deutschland für den deutschen Fiskus vielmehr insofern von Vorteil sein könnte, als sie örtlichen Abgabenpflichten unterliegen könnte.

In der mündlichen Verhandlung hat die deutsche Regierung einen Punkt hervorgehoben, den sie in ihren schriftlichen Erklärungen nur beiläufig erwähnt hatte: die Möglichkeit, dass eine Gesellschaft in der Lage der Klägerin ihre Rechte weiterhin gerichtlich geltend machen könnte, indem sie als Rechtsträger ohne eigene Rechtspersönlichkeit auftritt. Ihrem an sich schon nicht sehr klaren Vorbringen haben die Prozessbevollmächtigten der Parteien des Ausgangsverfahrens widersprochen; diese bieten für den genannten Mechanismus und seine Rechtsfolgen jeweils eine andere Erklärung an.

Unter diesen Umständen liegen dem Gerichtshof keine ausreichenden Kriterien dafür vor, ob und unter welchen Bedingungen die Klägerin oder irgendeine andere Gesellschaft in der gleichen Lage einen Anspruch gerichtlich geltend machen kann. Unstreitig dürfte sein, dass eine Gesellschaft in dem fraglichen Fall nicht unter Beibehaltung ihrer abgetrennten Rechtspersönlichkeit vor Gericht auftreten könnte.

Daher muss man sich an den Wortlaut der vom Bundesgerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage halten, der zu entnehmen ist, dass die im deutschen Recht vorgesehene Sanktion darin besteht, dass die betreffende Gesellschaft „vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann“³⁴.

34 — Außerdem ergibt sich aus den Akten, dass die fehlende Rechts- und Parteifähigkeit außervertragliche Ansprüche einschließt.

56. Eine derartige Maßnahme stellt in der Praxis ein gewaltiges Hindernis für die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften dar.

wirklichen Lösung gerechtfertigt sein und in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Zielen stehen müssen³⁹.

57. Durch die Maßnahme wird eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründete Gesellschaft geradezu ihres rechtlichen Besitzstandes beraubt. Auf jeden Fall stellt es einen schweren Eingriff in den nach Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: Konvention) geschützten Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz dar. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat schon bei der Auslegung der ersten dieser Vorschriften in dem Urteil vom 21. Februar 1975 (Golder gegen Vereinigtes Königreich)³⁵ festgestellt, dass der Zugang zu den Zivilgerichten eine Folge des Vorrangs des Rechts ist, und dass dieser Grundsatz wiederum Teil des gemeinsamen geistigen Erbes der europäischen Länder ist³⁶. Zwar hat der Anspruch auf wirklichen gerichtlichen Rechtsschutz aufgrund seines Wesens wie so viele andere Grundrechte keinen absoluten Charakter³⁷. Im Urteil vom 28. Mai 1985 (Ashingdane gegen Vereinigtes Königreich)³⁸ haben die Straßburger Richter jedoch erklärt, dass die Beschränkungen den Anspruch nicht in seinem Wesen antasten dürfen sowie im Zusammenhang mit der Suche nach einer

So haben die Straßburger Institutionen Vorschriften für mit der Konvention vereinbar erklärt, die für die Erhebung einer Klage eine bestimmte Frist⁴⁰, eine summarische Prüfung ihrer Erfolgsaussichten⁴¹ oder die Stellung einer *cautio iudicatum solvi*⁴² vorsahen. In keinem dieser Fälle war das Wesen des Grundsatzes verletzt, seine Anwendung war vielmehr sinnvollen Modalitäten unterworfen. Auch wurde für zulässig erklärt, dass der nationale Gesetzgeber restriktive Maßnahmen *intuitu personae* anwendet. Dabei handelt es sich um klassische Fälle, bei denen es die Rechtsordnung hinnimmt, dass die Rechtsfähigkeit oder die Prozessfähigkeit, z. B. bei Minderjährigen⁴³, missbräuchlicher Prozessführung⁴⁴, Häftlingen⁴⁵ oder Bankrotteuren⁴⁶, eingeschränkt wird. Keine dieser Kategorien ähnelt dem vorliegenden

35 — Serie A Nr. 18.

36 — Ebenda, Nr. 34.

37 — Ebenda, Nr. 38.

38 — Serie A Nr. 93.

39 — Ebenda, Nr. 57.

40 — Gutachten der Europäischen Menschenrechtskommission vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache Nr. 9707/82 (X gegen Schweden, *Décisions et rapports* 33, 223).

41 — Urteil Ashingdane des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (Nr. 59).

42 — Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 13. Juli 1995 (Tolstoy Miloslavsky gegen Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 316-B).

43 — Siehe Urteil Golder.

44 — Zulässigkeitsentscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission vom 2. Dezember 1985 in der Rechtssache 11559/85 (H gegen Vereinigtes Königreich, *Décisions et rapports* 45, 281).

45 — Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 28. Juni 1984 (Campbell und Fell gegen Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 80).

46 — Zulässigkeitsentscheidung der Menschenrechtskommission vom 4. Mai 1987 in der Rechtssache Nr. 12040/86 (M gegen Vereinigtes Königreich, *Décisions et rapports* Nr. 52, 269).

Fall. Außerdem ist zu bemerken, dass auch in diesen Fällen der Anspruch auf Zugang zu den Gerichten nur eingeschränkt, niemals aber aufgehoben worden war, indem er generell vom Erhalt einer vorherigen Zustimmung durch einen Vertreter des öffentlichen Interesses abhängig gemacht wurde.

meinschaftsrechtlichen Grundsätze ergeben.

58. Bei Handelsgesellschaften, deren wichtigstes Vermögen aus Forderungen gegenüber Dritten besteht, kann die Anerkennung der Klagemöglichkeit auch eine schwere Beeinträchtigung des nach Artikel 1 des Protokolls Nr. 1 zur Konvention geschützten Rechts auf freie Nutznießung privaten Eigentums und eine gegen Artikel 13 der Konvention verstoßende Verweigerung einer wirksamen Beschwerdemöglichkeit darstellen.

60. Schließlich hat der Gerichtshof den grundlegenden Charakter des Rechts auf einen gerichtlichen Rechtsschutz in der Gemeinschaft anerkannt⁴⁸.

59. Das Gleiche gilt in Anbetracht der Artikel 47 (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht) und 17 (Eigentumsrecht) der am 7. Dezember 2000 in Nizza verkündeten Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die zwar kein *ius cogens* im eigentlichen Sinn ist, da sie keine „eigenständige verbindliche Wirkung“ hat⁴⁷, in der jedoch die rechtlichen Grundwerte der Mitgliedstaaten dargelegt werden, aus denen sich wiederum die allgemeinen ge-

61. Wird also einer nach dem Recht eines der Mitgliedstaaten wirksam gegründeten Gesellschaft die Klagemöglichkeit aberkannt, so stellt dies eine schwere Beschränkung eines Grundrechts dar. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist zu untersuchen, ob das unbedingt erforderliche öffentliche Schutzinteresse gegeben ist. Hierzu genügt die Feststellung, dass nichts vorgetragen wurde, was auf ein derartiges Interesse hinwiese. Wie ich bei der Prüfung der Geeignetheit festgestellt habe, wurde bei der deutschen Regelung im Hinblick auf diese so schwere Sanktion das konkrete Risiko gar nicht berücksichtigt. Die durch die Maßnahme angeblich geschützten rechtlichen Werte oder, besser gesagt, die Gefahr, dass diese Interessen dadurch preisgegeben werden, dass eine Gesellschaft ihre Hauptverwaltung nicht in dem Staat hat, in dem sie gegründet wurde, stehen außer Verhältnis zur Schwere der auferlegten Sanktion.

47 — Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 8. Februar 2001 in der Rechtssache C-173/99 (BECTU, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 27).

48 — Siehe u. a. die Urteile vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 18) und vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86 (Heylens, Slg. 1987, 4097, Randnr. 14).

62. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Artikel 43 EG und 48 EG einer nationalen Maßnahme entgegenstehen, wonach eine Gesellschaft keine Klagemöglichkeit hat, wenn sie ihre Hauptverwaltung in einem anderen Mitgliedstaat als dem hat, in dem sie gegründet wurde.

wie ich vorschlage, für Recht erklären sollte, dass die in der Aberkennung der Klagemöglichkeit liegende Sanktion im Hinblick auf die angestrebten Ziele weder geeignet noch verhältnismäßig und daher auch nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, so ist es unerheblich, auf welchem Weg das nationale Gericht in Anwendung der verschiedenen Kollisionsregeln des deutschen Rechts unter Einhaltung des nationalen Rechts dazu kam, die Sanktion zu verhängen.

Prüfung der zweiten Vorlagefrage

63. Die zweite Vorlagefrage, die der Bundesgerichtshof für den Fall der — von mir vorgeschlagenen — Bejahung der ersten Vorlagefrage vorträgt, hat aufgrund ihres abstrakten Charakters eine größere Tragweite. Es geht darum, ob die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit verlangen, dass die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit von Gesellschaften immer nach Maßgabe des Rechts des Staates ihres Gründung zu beurteilen sind.

65. Es ist nicht Sache des Gemeinschaftsgerichts, dem nationalen Recht vorbehaltene Untersuchungen anzustellen. Ich möchte betonen, dass das aus gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht zu untersuchende Problem darin besteht, ob eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme angesichts angeblich zwingender Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.

66. In Anbetracht der für die erste Vorlagefrage genannten Voraussetzungen halte ich es nicht für erforderlich, die zweite Vorlagefrage zu beantworten.

64. Es ist nicht offensichtlich, welchen zusätzlichen Nutzen eine Antwort auf diese zweite Vorlagefrage für die Lösung des vom Bundesgerichtshof vorliegenden Problems der Auslegung des Gemeinschaftsrechts haben soll. Wenn der Gerichtshof,

Anders gesagt, man käme zu demselben Ergebnis, wenn die Aberkennung der Klagemöglichkeit nicht auf die fehlende Anerkennung der Rechtsfähigkeit, sondern auf

die Anwendung einer zwingenden Norm zurückzuführen wäre.

67. Diesen Standpunkt halte ich umso mehr für angeraten, als sich mit ihm riskante Entscheidungen vermeiden lassen, ohne dass die Erwartung auf die Mitarbeit des Gemeinschaftsgerichts an der Lösung des vorgetragenen Problems enttäuscht wird.

68. Auf der einen Seite setzt die Beantwortung dieser zweiten Frage voraus, dass die Besonderheiten des deutschen Rechts insofern in eine eigenständige gemeinschaftliche Theorie einbezogen werden, als — was erst recht unbestreitbar ist — anzuerkennen wäre, dass sich die Aberkennung der Klagemöglichkeit vollständig aus der fehlenden Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit ergibt. Ich hielte es demgegenüber für möglich, diese Aberkennung den rechtlichen Mitteln zuzuordnen, über die die Rechtsordnung verfügt, um ein vorwerfbares Verhalten zum Schutz bestimmter Rechtsgüter zu sanktionieren.

69. Auf der anderen Seite wäre der Gerichtshof, soweit der Mitgliedstaat der Gründung auch der Staat ist, in dem die

Gesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gezwungen, sich für einen der Anknüpfungspunkte zu entscheiden, die — in Ermangelung eines Tätigwerdens des Gesetzgebers — auch nach Artikel 48 EG als wirksam anzusehen sind, d. h. für die Anknüpfung an den satzungsmäßigen Sitz der fraglichen Gesellschaft, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung. Wenn im Vertrag keinem dieser Anknüpfungspunkte Vorrang eingeräumt wurde, so ist es nicht Sache des Gerichtshofes, dies zu tun⁴⁹. Solange es keine Harmonisierung gibt, steht es den Mitgliedstaaten weiterhin frei, ihre entsprechenden Vorschriften des internationalen Privatrechts — die allerdings, was ihre praktischen Auswirkungen angeht, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein müssen — zu gestalten, und ihre nationalen Gerichte können sie auslegen.

70. Für den Fall, dass der Gerichtshof es für zweckmäßig halten sollte, die zweite Vorlagefrage zu beantworten — sei es, um die Entscheidungsfindung des vorliegenden Gerichts zu erleichtern, sei es, um einen Grundsatz zu bekräftigen —, halte ich es aus den im vorstehenden Abschnitt genannten Gründen für angezeigt, die Frage zu verneinen.

49 — Hinsichtlich der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, den gesellschaftsrechtlich entscheidenden Anknüpfungspunkt zu bestimmen, ergibt sich der Grundsatz der Neutralität des Vertrages auch aus der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (ABl. L 294, S. 1). Siehe insbesondere die 27. Begründungserwägung dieser Verordnung.

Ergebnis

71. Aus all diesen Gründen schlage ich vor, die vom Bundesgerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Die Artikel 43 und 48 EG stehen einer nationalen Regelung entgegen, die zur Aberkennung der Klagemöglichkeit einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft führt, deren tatsächlicher Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt worden ist.